



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (FAJS) - CURSO DE DIREITO

IGOR RAFAEL GALHARDO SERRANO

**A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO:  
UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL.**

BRASÍLIA  
2011

IGOR RAFAEL GALHARDO SERRANO

**A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO:  
UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL.**

Dissertação apresentada para obtenção  
do título de Bacharel em Direito pela  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
do Centro Universitário de Brasília -  
Uniceub.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias  
Ribeiro

Brasília  
2011

IGOR RAFAEL GALHARDO SERRANO

**A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO:  
UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL.**

Dissertação apresentada para obtenção  
do título de Bacharel em Direito pela  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
do Centro Universitário de Brasília -  
Uniceub.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias  
Ribeiro

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

Banca Examinadora

---

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro  
Orientador

---

Prof. Examinador

---

Prof. Examinador

*Aos meus pais Luiz e Lourdes e meu irmão Oliver, por serem a razão do meu viver.*

*Ao meu falecido avô Luiz, por ter sido o maior incentivador em tudo que fiz na vida.*

*À minha avó Carmen, por seu carinho incondicional.*

*À minha tia Marilene, pela fonte de inspiração como pessoa e profissional do Direito.*

*À Tamara, por todo seu amor e companheirismo.*

*Ao Colégio Pedro II, por minha formação.*

## AGRADECIMENTO

*Ao professor Júlio César Lérias Ribeiro,  
pelo inestimável apoio e pela  
transparência e franqueza na orientação  
ímpar dada para que este trabalho  
pudesse ser realizado.*

## RESUMO

Na teoria européia da responsabilidade civil chamada de perda de uma chance (*perte d'une chance*) o foco é a interrupção de um processo aleatório em que se esperava obter determinada vantagem ou de evitar determinado prejuízo caso transcorresse até o fim. Para ser passível de indenização a chance perdida deverá ser real e séria (e não meramente especulativa), devendo ser comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o prejuízo (dano) experimentado pelo ofendido. No Brasil, importou-se a mencionada teoria ao se conceber a chance como um instituto jurídico, preenchendo assim uma lacuna do ordenamento jurídico e resultando em uma utilização constante nos tribunais. Nesse seguimento, por se tratar de uma teoria estrangeira e não ter previsão expressa na legislação brasileira, tendo em vista que os artigos do Código Civil sobre responsabilidade civil não são taxativos, não há posicionamento homogêneo, seja por parte da doutrina ou pela jurisprudência. Para piorar o panorama, as publicações doutrinárias nacionais sobre o tema são escassas. Com a utilização no Direito brasileiro da teoria da perda da chance fica evidenciada a importância da jurisprudência como fonte do direito, pois os aplicadores do direito trouxeram um instituto estrangeiro e não previsto no ordenamento jurídico brasileiro, transformando assim o referido instituto no Brasil como essencialmente jurisprudencial.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Jurisprudência.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE .....</b>	<b>9</b>
1.1 Noções introdutórias acerca da responsabilidade civil.....	9
1.2 Definição .....	12
1.3 Países de origem da perda de uma chance.....	13
1.3.1 França .....	13
1.3.2 Itália .....	14
1.3.3 Estados Unidos .....	17
1.4 Pressupostos doutrinários do instituto .....	18
1.4.1 Chances sérias e reais.....	18
1.4.2 Reparar a chance perdida ou a vantagem esperada? .....	19
1.4.3 Responsabilidade objetiva ou subjetiva? .....	20
<b>2. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO .....</b>	<b>22</b>
2.1 As fontes do Direito e o positivismo jurídico .....	22
2.2 As lacunas do Direito .....	25
2.3 Jurisprudência e interpretação: Fonte do Direito .....	29
<b>3. A PERDA DE UMA CHANCE E SUA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL E DOCTRINÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>33</b>
3.1 Sérgio Savi e as três justificativas para sua aplicação pelos tribunais pátrios .....	33
3.1.1 A não enumeração dos casos passíveis de reparação pelos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.....	34
3.1.2 Princípio da reparação integral .....	35
3.1.3 Nova ênfase da responsabilidade civil: Princípio da dignidade humana e a busca extrema pela reparação de dano injusto experimentado.....	37
3.2 Divergência de entendimentos: Doutrina e jurisprudência .....	38
3.2.1 Classificação da perda de uma chance .....	39
3.2.2 Quantificação .....	44
3.3 Breve histórico da perda de uma chance no Brasil .....	47
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>61</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a abordagem da Responsabilidade civil por perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro. Entende-se como objeto da perda de uma chance a interrupção de uma situação fática em que se esperava obter determinada vantagem ou de evitar determinado prejuízo caso transcorresse até o fim.

A escolha do tema se deve à atualidade do assunto, que tem sido objeto de discussão e debate pela doutrina e pela jurisprudência com divergência relevante da esfera jurídica. Apesar dessa relevância, trata-se de temática ainda carente de publicações doutrinárias no Brasil. Todo este panorama veio a influenciar na escolha pelo presente trabalho.

A problemática envolve o questionamento se a jurisprudência brasileira ao importar a teoria da perda da chance para o país teria criado um novo instituto da responsabilidade civil no direito pátrio. A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto, conforme se verificará no estudo. Nessa verificação tomar-se-á como pilares as particularidades da perda da chance nos países de origem, a questão em torno da jurisprudência como fonte do direito sob a ótica positivista, e por fim a realidade da perda da chance no Brasil e seus desdobramentos. Todo este conteúdo está dividido em três capítulos, contendo lições doutrinárias e análises jurisprudenciais.

No primeiro capítulo serão abordados de forma introdutória alguns aspectos gerais sobre a responsabilidade civil para que o estudo possa ser adequadamente compreendido. Posteriormente será definido o instituto da responsabilidade por perda de uma chance e seus aspectos na França, Itália e Estados Unidos. Por fim, serão discutidas questões vitais como a chance tirada ser séria e real; a discussão entre reparar a chance perdida ou o resultado esperado; e o enquadramento da perda da chance como responsabilidade subjetiva ou objetiva.

No segundo capítulo, discutir-se-á sobre a jurisprudência como fonte do direito. Para tanto, invocar-se-á a posição positivista de Kelsen e Bobbio em relação



ao ordenamento jurídico. Nessa importância observar-se-á a auto-integração do ordenamento jurídico diante das lacunas existentes. Por fim será abordada a importância da jurisprudência e sua interpretação como fonte do direito.

O terceiro e último capítulo apresentar-se-á a interpretação doutrinária/jurisprudencial da responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil. Inicialmente, serão demonstradas as três hipóteses que, segundo Sérgio Savi, autor visto como referência no assunto, amparam a aplicação da perda da chance no direito brasileiro. Posteriormente, serão demonstradas as divergências doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, como a classificação do instituto e sua quantificação, utilizando-se, inclusive, da exemplificação de julgados. Por fim, será analisado de forma breve o histórico da perda da chance no Brasil.

## Capítulo 1. Responsabilidade civil por perda de uma chance

Para iniciar a análise do instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance, necessário se faz o estudo de pressupostos basilares da responsabilidade civil em geral, assim como observar a realidade do instituto nos países de origem (Itália, França e Estados Unidos), sua definição e seus pressupostos doutrinários.

### 1.1 Noções introdutórias acerca da responsabilidade civil

Vivemos em uma sociedade regulada por um conjunto de normas criadas pelo Estado, que visa estabelecer padrões sociais, comportamentais e, principalmente, legais. A este conjunto de normas que visa regular as ações de seus membros dá-se o nome de Direito<sup>1</sup>.

Nesse contexto, determinadas práticas, por ações ou inações (dos indivíduos ou do próprio Estado), podem causar danos a direitos de outrem. Assim chega-se à chamada responsabilidade civil, onde o sujeito causador de dano deverá reparar o prejuízo causado<sup>2</sup>, segundo determinação do Código civil<sup>3</sup>. Ou seja, a função da responsabilidade civil é tentar restabelecer a situação anterior ao dano. Ressalto que se tentará, pois, em se tratando de bens não patrimoniais (como no dano moral), ainda que reparada a lesão experimentada, não se restabelecerá a situação pré-dano. Nesse sentido, observe-se:

[...]a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, [...] a responsabilidade civil deriva da agressão de um interesse eminentemente particular, sujeitando

---

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* Teoria Geral do Processo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>3</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/LEIS/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406). Acesso em setembro/2010

assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.<sup>4</sup>

Para se indenizar ou reparar algo, deve-se ter presente o elemento dano, pois “*não pode haver responsabilidade sem dano*”<sup>5</sup>. Dano é o decréscimo causado aos direitos daquele que é lesado pela ação ou inação de outrem, seja patrimonial (lucros cessantes e danos emergentes) ou moral.<sup>6</sup>

Segundo Paulo Nader, três seriam as funções da responsabilidade civil: a reparação, prevenção de danos e punição. Não sendo possível esta última no direito brasileiro em função da vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>7</sup>

A reparação tem como objetivo amparar o ofendido pela lesão sofrida, tentando restabelecer ao estado anterior (à lesão) das coisas (*statu quo ante*).<sup>8</sup>

A prevenção, por sua vez, visa estabelecer nos indivíduos a ordem de não cometer ato ilícito, através de previsão legal ou contratual, que em caso de descumprimento ensejarão reparação. O que significa dizer que, visa prevenir a ocorrência de novos casos.<sup>9</sup>

Por último, a punição (também chamada de *punitive damages*), visa estabelecer duras punições ao praticante do ato ilícito, e segundo Nader, seria mais comum no direito penal (e no direito norte-americano com as milionárias indenizações) e configurada no direito brasileiro apenas em casos de descumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, com as chamadas astreintes, (multas-diárias determinadas em juízo por descumprimento de obrigação de fazer).<sup>10</sup>

Analisadas as funções da responsabilidade civil, cabe debater suas diversas classificações, quais sejam, objetiva ou subjetiva e contratual ou extracontratual, e suas fontes.

---

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2010. p.51.

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.72-73

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> NADER, Paulo. Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil. 3. ed. rev. e atuali. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Configura-se responsabilidade subjetiva quando há a presença de dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano. Por outro lado, na responsabilidade objetiva, a forma como o agente atua é irrelevante para sua configuração, bastando apenas a comprovação de nexo de causalidade entre o dano e a lesão experimentada, presente, por exemplo, nos casos que envolvem transporte de pessoas.<sup>11</sup>

Contratual ocorre quando a responsabilidade é oriunda do não cumprimento de obrigação negocial, enquanto extracontratual (também chamada de aquiliana) deriva de descumprimento de preceito legal. Em ambas há a presença do ato ilícito, pressuposto chave a ensejar a reparação.<sup>12</sup> Sobre esta diferenciação, observe-se:

[...]se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual[...]. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.<sup>13</sup>

Sobre as fontes da responsabilidade civil, pode-se dizer que: “*são os atos ilícitos absolutos e relativos. Nos primeiros, o dever jurídico emana da lei e se destina a todos que se encontram na mesma situação jurídica, [...] enquanto os relativos se impõem apenas às partes vinculadas em negócio jurídico*”.<sup>14</sup>

No Brasil, a responsabilidade civil tem como sua fonte maior a previsão expressa pelo Código civil<sup>15</sup> mas também sofre influência da jurisprudência, em especial da jurisprudência estrangeira, que inspirou os aplicadores do Direito pátrio a importar para o país a Teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*).

---

<sup>11</sup> NADER, Paulo. Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil. 3. ed. rev. e atuali. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2010. p.58-59.

<sup>14</sup> NADER, op.cit., p. 10.

<sup>15</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/LEIS/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406). Acesso em setembro/2010

## 1.2 Definição

Entende-se como objeto da perda de uma chance a interrupção de uma situação fática em que se esperava obter determinada vantagem (ou de evitar determinado prejuízo) caso transcorresse até o fim<sup>16</sup>, como por exemplo, não ter recurso conhecido em Tribunal em função de interposição fora do prazo por parte do advogado, gerando dano ao representado. Sergio Cavaliere Filho ao definir a perda da chance assim pontua:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa:

Alguém deixa de prestar exame vestibular, porque o sistema de transportes não funcionou a contento e o sujeito chegou atraso, não podendo submeter-se à prova: pode ser responsabilizado o transportador pela impossibilidade de o agente cursar a universidade? O advogado deixa de recorrer ou de ingressar com determinada medida judicial: pode ser responsabilizado pela perda de um direito eventual de seu cliente? Essa, em tese, a problemática da perda da chance, cujo maior obstáculo repousa justamente na possibilidade de incerteza do dano.<sup>18</sup>

E Cristiano Vieira Sobral Pinto:

A perda da chance consiste na destruição de uma possibilidade de ganho, a qual, embora incerta, apresenta contornos de razoabilidade. O benefício não era certo, era aleatório, mas havia uma chance - e essa tinha um valor econômico. Em síntese: uma privação. O

---

<sup>16</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.77.

<sup>18</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 40.

magistrado deverá se valer da proporcionalidade para fixar a indenização.<sup>19</sup>

Nesta teoria, originária principalmente das doutrinas e jurisprudências italiana e francesa, visa-se reparar uma oportunidade, real e concreta, tirada antes da mesma ser realizada, ainda que impossível de atestar que mesmo que o processo transcorresse até o fim, a oportunidade tomada geraria o resultado esperado. Ou seja, não objetiva-se reparar o resultado esperado, que não aconteceu, e sim a oportunidade (chance) de se submeter à situação até o fim.<sup>20</sup>

### 1.3 Países de origem da perda de uma chance

#### 1.3.1 França

Na França, no final do século XIX já haviam julgados aplicando a mencionada teoria. Contudo, não há registros de qual foi o *leading case*.<sup>21</sup>

Em se tratando de perda de uma chance na seara médica (perda da chance de se obter a cura), atesta o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que o *leading case* na França foi um caso julgado pela Corte de Cassação em 1965, onde um médico foi responsabilizado a reparar o dano provocado em seu paciente pela perda da chance de obter a cura.<sup>22</sup>

No caso, o médico teria agido de forma equivocada ao estabelecer o diagnóstico sobre a situação médica do paciente e assim prescreveu tratamento diverso do que era necessário para cura da enfermidade. O Tribunal entendeu que o médico teria contribuído de forma efetiva para subtrair do paciente (que viria a falecer) a chance de cura da doença, mesmo que impossível de atestar que se submetido ao correto tratamento viria a sobreviver.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> PINTO, Cristiano Viera Sobral. Direito Civil Sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 459.

<sup>20</sup> SAVI, Sergio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>21</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>22</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. RT 718/33. p. 1-23. 1995. Disponível em [www.revistasrtonline.com.br](http://www.revistasrtonline.com.br). Acesso em março/2011.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

Cabe mencionar que, no Direito Francês são múltiplas as situações (algumas até pouco convencionais) que ensejam reparação por chance perdida, tais como: perda de uma chance de lograr êxito em um jogo de azar ou em uma competição esportiva; perda de uma chance pela quebra do dever de informar; perda de uma chance de se obter sucesso em uma ação judicial em função de falha do advogado (comum também no Direito Brasileiro e no Italiano); perda de uma chance de se obter alimentos no futuro e perda de uma chance em questão empresarial, entre outras.<sup>24</sup>

Em 1984, a título de exemplo, pouco antes dos Jogos Olímpicos de Los Angeles-EUA, o Tribunal Administrativo de Paris responsabilizou a Confederação Francesa de Vela a indenizar no valor de dez mil francos, por perda da chance de disputar os Jogos, uma dupla de velejadores não autorizada a participar das competições classificatórias, fato que era contra o regulamento da mencionada entidade esportiva.<sup>25</sup>

Observe-se que embora os velejadores participassem da competição, não necessariamente conseguiriam a classificação para as Olimpíadas. Mas ao serem impossibilitados de participar da disputa classificatória, tiveram a chance perdida de disputar os Jogos em função da conduta da Federação, e isso justifica a reparação pela perda da chance.

### 1.3.2 Itália

Na Itália, segundo afirma Sérgio Savi, o *leading case* da Perda da Chance foi o caso envolvendo uma empresa chamada *Stefer* e alguns postulantes à vaga de emprego como motorista da empresa.<sup>26</sup>

A empresa em questão necessitava da contratação de um novo motorista para integrar seu corpo de empregados e para tanto abriu processo de seleção. Ocorre que, após a realização de exames médicos, alguns candidatos não foram

---

<sup>24</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.155.

<sup>25</sup> *Ibidem.* p. 161.

<sup>26</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25

autorizados a participar das fases seguintes, que consistiam em provas de direção e cultura elementar, e decidiram postular na justiça o direito de prosseguir no processo seletivo.<sup>27</sup>

Em primeira instância, foi reconhecido o direito dos trabalhadores de serem admitidos, caso fossem aprovados nas fases que não participaram, e a empresa condenada à indeniza-los diante da situação criada e do conseqüente atraso na seleção.<sup>28</sup>

O Tribunal de Roma, então, reformou a sentença de primeira instância sob a justificativa de que eventual dano gerado por chance perdida não seria indenizável, pois, do ponto de vista do Tribunal, se trataria de um dano potencial impossível de quantificação.<sup>29</sup>

A Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*) ao analisar a controvérsia, reformou o acórdão, confirmando a sentença de primeira instância e reconhecendo o dano oriundo da perda da chance de conseguir o emprego, em função da impossibilidade dos trabalhadores de se submeterem à todas as fases do processo seletivo.<sup>30</sup>

Na fundamentação da decisão se ressalta que o dano sofrido, e que conseqüentemente se buscava reparar, não seria a não obtenção do emprego e sim a impossibilidade de serem submetidos normalmente ao processo de seleção para obtenção do emprego. Esta condição faria parte do patrimônio dos postulantes à vaga antes mesmo do evento danoso causado pela empresa *Stefer*, qual seja a retirada dos mesmos do processo seletivo. A perda da chance nesse caso foi enquadrada como dano emergente.<sup>31</sup>

Para os doutrinadores italianos, era comum enquadrar a perda da chance como lucro cessante e conseqüentemente como um interesse não indenizável. No

---

<sup>27</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25

<sup>28</sup> *Ibidem.* p. 26

<sup>29</sup> *Ibidem.* p. 26

<sup>30</sup> *Ibidem.* p. 26

<sup>31</sup> *Ibidem.* p. 27



entanto, dois autores foram responsáveis, segundo Sérgio Savi, pela modificação deste panorama: Adriano de Cupis<sup>32</sup> e Maurizio Bocchiola<sup>33</sup>.

Adriano De Cupis, ao analisar caso em que um cavalo deixa de correr um grande prêmio por culpa do jóquei, atesta que, não haveria como se buscar indenização equivalente ao montante concedido ao vencedor da prova, pois ressalta que mesmo que o cavalo corresse não seria absolutamente certa a sua vitória. Logo, não há possibilidade de indenização pela vitória perdida e sim pela perda da chance de vitória. Nesta análise o autor demonstra como classifica a perda da chance: dano emergente (diferentemente de seus antecessores que a enxergavam como lucro cessante).<sup>34</sup>

Já Maurizio Bocchiola, também tem participação fundamental na doutrina italiana, defendendo, inclusive, critérios um pouco mais rigorosos, a meu ver. Segundo o autor, para ser passível de indenização a chance deveria ter, quando frustrada, expectativa de sucesso acima dos 50% (cinquenta por cento; sendo esta expectativa determinada por cálculo de probabilidade específico). Assim como De Cupis, também classifica chance perdida como dano emergente por entender que a chance perdida seria parte integrante do patrimônio da pessoa lesada quando do momento do dano.<sup>35</sup>

Por oportuno, extraio trecho do trabalho de Bocchiola, traduzido e trazido por Sérgio Savi em *Responsabilidade civil por perda de uma chance*:

Indenizando a perda de uma chance não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, vale repetir, em tais hipóteses não indeniza-se a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, indeniza-se apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem, a qual, com base na normal prova de verossimilhança exigida pela lei, resultava existente no patrimônio da vítima no momento em que ocorreu a lesão. Então, se a chance já fazia parte dos bens da

---

<sup>32</sup> DE CUPIS, Adriano *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>33</sup> BOCCHIOLA, Maurizio *apud* SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

<sup>34</sup> DE CUPIS, Adriano *apud* SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

<sup>35</sup> BOCCHIOLA, Maurizio *apud* SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente.<sup>36</sup>

### 1.3.3 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o professor Joseph King com seu artigo *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences* publicado no *Yale Law Journal* em 1981, foi um dos precursores da teoria da perda da chance ao tentar estabelecer parâmetros para sua aplicação pelo direito norte-americano. Para o autor, chances perdidas seriam consideradas dano autônomo e, portanto, indenizáveis. No entanto, o entendimento de King não é unânime perante a doutrina e a jurisprudência norte-americana.<sup>37</sup>

Além do entendimento do autor, existem correntes com posições diversas sobre a perda da chance, assim como Estados em que a responsabilidade civil por perda de uma chance sequer é aceita. Importante ressaltar que, no sistema federativo dos Estados Unidos concede-se autonomia aos Estados para que o direito local se posicione sobre determinadas matérias, como Direito Privado e Direito Processual. Basta lembrar da pena de morte, que é regulamentada em alguns estados, mas não em outros. No mesmo contexto, se encontra a perda da chance, que é matéria em que o Direito estadual norte-americano define sua aceitação ou não, já que é matéria de Direito Privado (Direito Civil - responsabilidade civil).<sup>38</sup>

Ressalte-se que, para os norte-americanos, a perda da chance é aceita apenas quando envolve casos na seara médica (perda da chance de obter a cura). Segundo Rafael Peteffi da Silva, isso se justifica pela falta de estatísticas seguras (para quantificar a chance) em outros tipos de caso (fora da seara médica) que se busca a reparação por perda da chance (como por exemplo a perda da chance de

<sup>36</sup> BOCCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XXX. *apud* SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21-22.

<sup>37</sup> KING JR, Joseph H. *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 77.

<sup>38</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Ibidem*.

obter sucesso em demanda judicial e perda da chance de vitória em processo licitatório).<sup>39</sup>

Ilustrando esta realidade, Polly Lord menciona caso julgado em 1985 pela Suprema Corte de Washington, chamado de “*Daugert v. Pappas*” onde o autor da demanda buscava reparação por perda de uma chance de obter sucesso em demanda judicial em função da falha de seu advogado que não interpôs o recurso de apelação. O pedido foi julgado improcedente.<sup>40</sup>

## 1.4 Pressupostos doutrinários do instituto

### 1.4.1 Chances sérias e reais

Para ser passível de responsabilização a chance perdida invocada deve ser séria e real. Um exemplo que ilustra isso de forma clara é o mencionado por Adriano De Cupis, onde uma pessoa que tinha como costume jogar na loteria vem a falecer.<sup>41</sup>

Imagine-se que esta morte tenha sido por atropelamento, e que algum parente cogite ingressar com ação judicial e pedir reparação por perda de uma chance de se obter vitória na loteria à pessoa responsável pela morte. Esta demanda judicial não estaria amparada pela responsabilidade por perda de uma chance, já que a chance de vitória nesse caso era hipotética e meramente especulativa. E assim como preleciona De Cupis<sup>42</sup>, “*simples esperanças aleatórias não podem ser passíveis de indenização*”.

Isso ficou claro quando a Corte de Cassação Francesa julgou improcedente o pedido, de indenização por perda de uma chance de auferir melhor rendimento, de um cliente de uma corretora de valores, que teria gerido com fraude e incompetência sua carteira de ações. A fundamentação foi de que ainda que

<sup>39</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>40</sup> LORD, Polly A. *Loss of chance in legal malpractice*. *Washington Law Review*, v.61, 1986. *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Ibidem*. p. 183.

<sup>41</sup> DE CUPIS, Adriano *apud* SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>42</sup> DE CUPIS, Adriano *apud* SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

gerida por um profissional competente, não teria como atestar que a carteira teria um bom rendimento. Para a Corte de Cassação, a questão trazida era hipotética demais para ser passível de indenização.<sup>43</sup>

Este critério, a meu ver, visa dar credibilidade à responsabilidade por chance perdida, pois a teoria por si só, não é unânime no mundo jurídico, tendo em vista que nem todos doutrinadores, juízes e advogados a aceitam. A situação não seria mais otimista caso não houvesse distinção entre chances reais (sérias) e chances especulativas. Muito pelo contrário, qualquer pessoa que não obtivesse o êxito esperado em determinada situação, iria se sentir amparada pelo Direito e buscar as vias legais para solicitar a reparação de sua chance perdida.

Interessante ressaltar que esse pressuposto de admissibilidade também é defendido por alguns doutrinadores e magistrados brasileiros, como será demonstrando no capítulo 3 do presente trabalho.

#### 1.4.2 Reparar a chance perdida ou a vantagem esperada?

Esse pressuposto é controverso, pois está diretamente ligado à forma como a perda da chance é entendida por aquele que a invoca em juízo ou pelo Magistrado quando do julgamento da causa.

Existem correntes nos Estados Unidos e na Itália que defendem que, se indenizável algo diante da chance perdida, o que se indenizaria seria a vantagem esperada e não a perda da oportunidade de se obter a vantagem esperada. Os autores que defendem esse argumento geralmente são aqueles que entendem ser a perda da chance lucros cessantes, isso é, aquilo que a vítima efetivamente deixou de lucrar ao experimentar o dano gerado pela conduta do agente causador.<sup>44 45</sup>

Acredito que a corrente mais coerente é a proposta pelos autores italianos Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola, onde a perda da chance seria uma espécie de dano emergente, já que para os autores, a chance perdida faz parte do

---

<sup>43</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

patrimônio da vítima antes do evento danoso e assim não há que se falar em indenizar a vantagem perdida e sim a chance perdida de se obter a vantagem.<sup>46 47</sup>

Para Bocchiola, especificamente, a reparação concedida não visa a vantagem esperada que não se realizou (resultado não concretizado) e sim a perda da possibilidade de se obtê-la (chance de concretizar).<sup>48</sup> Pois para o autor:

[...]com o termo chance não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável; e, ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.<sup>49</sup>

#### 1.4.3 Responsabilidade objetiva ou subjetiva?

Na responsabilidade civil por perda de uma chance basta comprovar o nexo de causalidade entre o dano experimentado pela vítima (a chance perdida) e a conduta do agente causador.<sup>50</sup> Sendo assim, pode-se concluir que o tipo de responsabilidade é a objetiva, tendo em vista ser desnecessário analisar se o agente causador do dano agiu com culpa ou dolo ao retirar a(s) chance(s) da vítima. Para melhor ilustrar a definição de responsabilidade objetiva, extraio respectivamente, por oportuno, trechos de Silvio Rodrigues em *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, Sergio Cavalieri Filho em *Programa de Responsabilidade Civil*, e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho em *Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil*:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o

<sup>46</sup> DE CUPIS, Adriano *apud* SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>47</sup> BOCCHIOLA, Maurizio *apud* SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*. p. 18

<sup>50</sup> SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.<sup>51</sup>

[...]na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento.<sup>52</sup>

[...]hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.<sup>53</sup>

Seguindo o raciocínio dos doutrinadores acima, no *leading case* italiano (já mencionado neste trabalho)<sup>54</sup>, por exemplo, não era necessário analisar os motivos que levaram a Empresa *Stefer* a impedir os postulantes à vaga de motorista a não continuar no processo seletivo. Bastou aos prejudicados demonstrar que com o ato da Empresa (impedi-los de continuar no processo seletivo após os exames médicos) sofreram um dano (perda da chance de se obter o emprego). Ou seja, bastou comprovar o nexo de causalidade entre a conduta do agente causador e o dano experimentado. Sendo assim, fica mais do que evidente que a Responsabilidade na perda de uma chance, é a objetiva.

---

<sup>51</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>52</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 140.

<sup>53</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil. 8 ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2010. p.56-57.

<sup>54</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25

## Capítulo 2. A jurisprudência como fonte do Direito

Como a Perda de uma Chance não se encontra prevista expressamente em lei e tem sido admitida na jurisprudência, importa neste capítulo a investigação e possibilidade da jurisprudência como fonte do direito. Tal pesquisa dar-se-á numa perspectiva do positivismo jurídico. O texto trabalhará basicamente com as idéias sobre normatividade das decisões jurídicas defendidas por Kelsen e Bobbio.

### 2.1 As fontes do Direito e o positivismo jurídico

Para se observar se uma norma tem validade dentro do ordenamento jurídico do qual faz parte, é fundamental que esta tenha sido produzida por uma fonte considerada como fonte do Direito. Segundo os positivistas, em especial Norberto Bobbio, são consideradas fontes do Direito, aqueles atos ou fatos que concedem respectivamente capacidade ou competência para a produção de normas jurídicas.<sup>55</sup> Kelsen, sobre o tema, assim se manifesta:

[...]pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como 'fonte' o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Ícone, 1995.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. p. 259. São Paulo: M. Fontes, 1998

Este trecho de Kelsen demonstra, algo essencial sobre as fontes do Direito na visão dos juspositivistas: a lei sempre prevalecerá sobre as demais fontes do Direito.

Norberto Bobbio, em *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*, entende que os ordenamentos jurídicos poderão ter diversas classificações diante de suas diferentes propriedades e fontes.<sup>57</sup> O ordenamento jurídico brasileiro, diante de suas características, pode ser (dentro da classificação proposta por Bobbio) considerado complexo e hierárquico. Complexo por possuir diversas fontes do Direito e não apenas uma. Hierárquico por possuir diversas fontes, todas subordinadas à lei. Esta considerada a fonte maior, por ser a representação direta do Estado.

Na mesma obra, Bobbio ainda defende que as fontes do Direito seriam delegadas ou reconhecidas, isso é quando o Estado investe uma órgão ou organização para produzir a norma ou recepciona norma que não foi produzida por si próprio. Observe-se:

Fala-se de reconhecimento ou recepção quando existe um fato social precedente ao Estado ou, de qualquer maneira, independente deste, que produz regras de conduta a que o Estado reconhece (isto é, atribui) *a posteriori* o caráter da juridicidade ou, em outros termos, que o Estado recepciona (isto é, acolhe em bloco) no próprio ordenamento sem ter contribuído para a formação de seu conteúdo.

Fala-se, ao contrário, de delegação quando o Estado atribui a um órgão diverso daquele portador da soberania, ou mesmo a uma instituição social não pertinente à organização do Estado, o poder de estabelecer normas jurídicas para certas matérias e dentro de certos limites estabelecidos pelo próprio Estado. Este poder se diz delegado precisamente porque não pertence originariamente à instituição que o exerce, mas ao Estado.<sup>58</sup>

O costume em geral, tende a ser uma boa exemplificação de fonte reconhecida, pois é criado pelo complexo das relações sociais dos indivíduos (sociedade) e absorvido pelo Estado.

---

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Ícone, 1995.

<sup>58</sup> *Ibidem*. p. 164.



Já sobre fonte delegada, um exemplo claro, a meu ver, seria a analogia ou a equidade, onde o juiz, diante de imprevisão legal (lacunas do Direito) para o caso concreto que analisa, é autorizado pelo Estado a determinar uma solução respeitando preceitos legais. O juiz não está criando lei tampouco inovando. Nesta situação seria a própria manifestação do Estado, que autoriza (e delega seu poder) o (ao) magistrado a recorrer a métodos interpretativos da norma jurídica (e assim determinar um desfecho para aquela situação não prevista pela lei).

Bobbio também faz importante distinção sobre a hierarquia entre as fontes do direito, significando dizer que, as diversas fontes do direito não se encontram em um mesmo plano hierárquico:

As fontes do direito que são colocadas num plano hierarquicamente subordinado têm um caráter e um significado jurídicos diferentes daquelas que são colocadas num plano hierárquico supremo. As primeiras, com efeito, produzem regras que não têm em si mesmas a qualificação de normas jurídicas, mas recebem tal qualificação de uma fonte diferente, superior àquela que as produziu; as segundas, ao contrário, não só produzem regras como também atribuem a estas, diretamente e por virtude própria, a qualificação das normas jurídicas. Por isso as fontes subordinadas são ditas fontes de conhecimento jurídico e as superiores fontes de qualificação jurídica.

Ora, o positivismo jurídico, também admitindo uma pluralidade de fontes de conhecimento, sustenta a existência de uma única fonte de qualificação e identifica esta última com a lei. Se, portanto, usamos o termo “fontes do direito” em sentido estrito, para indicar somente as fontes de qualificação, o ordenamento jurídico, assim como o concebe o juspositivismo, não aparece mais como um ordenamento complexo, mas como um ordenamento simples.<sup>59</sup>

A lei, como fonte maior, não apenas serve como fonte do direito propriamente dita, mas também determina os parâmetros necessários para que as demais fontes sejam aceitas no ordenamento jurídico. Basta lembrar da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que em seu art. 4º determina que *“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os*

---

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Ícone, 1995. p. 166.

*costumes e os princípios gerais do direito*”<sup>60</sup>, autorizando a analogia, costumes e os princípios gerais do direito (como a equidade) como fontes do Direito.

## 2.2 As lacunas do Direito

Estará configurada uma lacuna do Direito sempre que diante de um caso concreto o magistrado não encontrar previsão legal no ordenamento jurídico para aplicar na causa específica. Podendo solucionar (desde que devidamente autorizado pela lei) o caso se valendo da analogia, dos costumes e da equidade (e outros princípios gerais do Direito), como ocorre no Brasil<sup>61</sup>. Kelsen sobre este tópico assim se manifesta:

Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, segundo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente, isto é, regulada pelo fato de tal conduta não lhe ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida. Este caso porém, é entendido - sob certas condições – como uma “lacuna” da ordem jurídica.

O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma “lacuna” do Direito. Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> BRASIL. Decreto-Lei 4.657/42 com redação dada pela Lei 12.376/2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657). Acesso em abril/2011.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 273.

Configurada a lacuna em julgamento, todavia, não é dado ao julgador deixar de decidir por ausência de previsão legal a ser aplicada ao caso. Nessa situação, o julgador deverá se valer dos métodos de integração do ordenamento jurídico.

O chamado juízo de equidade, que é uma das possibilidades integrantes dos chamados métodos de integração do ordenamento jurídico, ocorre quando o juiz se vale de normas de direito natural e não positivo<sup>63</sup>. Sobre esta hipótese específica e seu procedimento respeitado pelo juiz (ao recorrer à eqüidade para solucionar uma lacuna do Direito), Bobbio assim se manifesta:

[...]com base nos princípios do positivismo jurídico que foram acolhidos pelo ordenamento jurídico dos Estados modernos, o juiz não pode com uma sentença própria ab-rogar a lei, assim como não pode o costume. O poder judiciário, portanto, não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação) do direito. Isto não exclui, entretanto, que o juiz seja em qualquer caso uma fonte subordinada, mais precisamente uma fonte delegada. Isto acontece quando ele pronuncia um juízo de eqüidade, a saber, um juízo que não aplica normas jurídicas positivas (legislativas, e podemos até acrescentar, consuetudinárias) preexistentes. No juízo de eqüidade, o juiz decide “segundo consciência” ou “com base no próprio sentimento da justiça”. Poder-se-ia dizer também que ele decide aplicando normas de direito natural, se concebemos este último como um conjunto de regras preexistentes. Ao prolatar o juízo de eqüidade, o juiz se configura como fonte de direito, mas não como fonte principal, mas apenas como fonte subordinada, porque ele pode emitir um tal juízo somente se e na medida em que é autorizado pela lei e, de qualquer maneira, nunca em contraste com as disposições da lei.<sup>64</sup>

Ainda sobre o juízo de eqüidade, este poderá ocorrer de três formas: substitutivo, integrativo e interpretativo.<sup>65</sup>

Eqüidade substitutiva é aquela que diretamente supre a ausência de uma norma legislativa sobre a matéria ora analisada pelo magistrado.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Ícone, 1995.

<sup>64</sup> *Ibidem.* p. 171-172.

<sup>65</sup> *Ibidem.*

<sup>66</sup> *Ibidem.*

Já eqüidade integrativa se configura quando há norma legislativa para a questão, porém sem precisão, isso é, abstrata demais.<sup>67</sup>

Por fim, equidade interpretativa ocorrerá quando o juiz valendo-se de critérios eqüitativos define o conteúdo de norma legislativa que existe e é completa, ou seja, dá sua interpretação para determinada norma legislativa.<sup>68</sup>

Tendo em vista a classificação do juízo de eqüidade proposta por Bobbio, entendo que caso um magistrado recorra à esta alternativa para solucionar caso que verse sobre chance perdida, a eqüidade seria integrativa, já que os artigos que tratam da responsabilidade civil no Código Civil Brasileiro<sup>69</sup>, são abertos, e não taxativos.

Como já demonstrado, o juiz ao se deparar com uma lacuna do Direito poderá recorrer a determinados possibilidades jurídicas, desde que estas sejam autorizadas pela Lei. Nunca procederá se valendo de evento estranho ao ordenamento jurídico, nem tampouco trazendo situação determinadamente proibida.

Segundo Maria Helena Diniz, a discussão sobre as lacunas do Direito seria dividida em duas correntes: aqueles que entendem que os sistemas jurídicos serão sempre suficientemente completos a ponto de disciplinar todos os comportamentos humanos, e, aqueles que entendem que por melhor que seja o sistema jurídico, não será possível de prever/trazer todas as situações de fato que possam vir a ocorrer.<sup>70</sup>

Por oportuno, extraio trecho da referida autora que sintetiza de forma precisa seu entendimento sobre as lacunas do Direito:

---

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Ícone, 1995.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>70</sup> DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

Se se conceber o sistema jurídico como aberto e incompleto, revelando o direito como uma realidade complexa, contendo várias dimensões, não só normativa, como também fática e axiológica, aparecendo como um critério de avaliação, em que “os fatos e as situações jurídicas devem ser entendidas como um entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de que ambas se prendem uma a outra”, temos um conjunto contínuo e ordenado que se abre numa desordem, numa descontinuidade, apresentando um “vazio”, uma lacuna, por não conter solução expressa para determinado caso.

A expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema. Ou, como nos diz Binder, há lacuna quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica.

Convém salientar, ainda, que o vocábulo lacuna foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar os possíveis casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio uma solução.<sup>71</sup>

Para Bobbio, o ordenamento jurídico não seria completo e sim completável, isso é, mesmo quando configurada uma lacuna, trará previsão de como proceder o juiz. Para tanto, em *Teoria do ordenamento jurídico*<sup>72</sup>, atesta que:

Frente ao problema da completude, se desejarmos um certo tipo de ordenamento jurídico como o italiano, caracterizado pelo princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema. A norma que estabelece o dever do juiz de julgar cada caso com base numa norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressupostamente completo, quer dizer, com uma regra para cada caso. A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar.

A base dos ordenamentos jurídicos fundados sobre o dogma da completude, como já foi dito, é o Código Civil francês, cujo artigo 4º diz: “O juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegar a justiça”. No Direito italiano, esse princípio é estabelecido no artigo 113 do C. P. C., que diz: “Ao pronunciar-se sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do Direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo a equidade”.

<sup>71</sup> DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 433-434.

<sup>72</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10. ed., 1999. p. 117-118.

Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras:

- 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame;
- 2) deve julga-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

O ordenamento jurídico brasileiro respeita os critérios propostos pelos doutrinadores positivistas acerca da completude, pois traz previsão, como já dito anteriormente neste trabalho, no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*”. Ou seja, mesmo quando a lei for omissa o ordenamento brasileiro é completo o suficiente para prever (determinar) de que forma deverá o juiz atuar.

## 2.3 Jurisprudência e interpretação: Fonte do Direito

Entende-se como jurisprudência o conjunto de entendimentos por parte dos tribunais que são utilizados como base para outros julgamentos que versem sobre a mesma matéria ou questão. Segundo Maria Helena Diniz<sup>73</sup>, jurisprudência seria:

[...]o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

[...]

A jurisprudência é, portanto, nas palavras de Miguel Reale, a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.

[...]

Consideramos a atividade jurisprudencial como uma fonte do direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do

---

<sup>73</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

costume judiciário (RT, 199:608). A jurisprudência constitui um costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais.<sup>74</sup>

É ratificado, nesse sentido, o entendimento dos juspositivistas, de ser a jurisprudência fonte do Direito, ficando ainda claro que determinados entendimentos jurisprudenciais muitas vezes acabam se tornando normas positivadas.<sup>75</sup>

Para Kelsen, a jurisprudência como fonte do direito possui caráter constitutivo e não apenas meramente declaratório. Para tanto, o juiz deve seguir um processo de individualização e verificar a existência ou não da previsão para a prática ilícita sob análise. Para melhor demonstração, extraio trecho de *Teoria Pura do Direito*, que traduz o aqui exposto:

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Esse processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.

Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinado *in abstracto* por uma norma geral. Esta determinação do fato que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao fato (ou situação de fato) em apreço. O tribunal não só tem de responder à *quaestio facti* como também à *quaestio iuris*. Depois de realizadas estas duas averiguações, o que o tribunal é ordenar *in concreto* a sanção estatuída *in abstracto* na norma jurídica geral. Estas averiguações e esta ordem ou comando são as funções essenciais da decisão judicial.

[...]

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou *iuris-“dição”* (“declaração” do Direito) neste

<sup>74</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 290-291.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.

[...]

A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.<sup>76</sup>

Com caráter constitutivo evidenciado, a jurisprudência, ainda sob o enfoque de Kelsen, é considerada como fonte do direito, especialmente quando o magistrado se encontra diante de uma lacuna do direito, isso é, o tribunal (o juiz) estaria autorizado a produzir no caso sob sua análise uma norma jurídica individual onde seu conteúdo não seria oriundo de norma de direito material criada por lei ou por costume.<sup>77</sup>

Como visto neste tópico, a jurisprudência deve ser colocada no quadro das fontes de direito. O texto até aqui revelou ainda que a jurisprudência também integra o ordenamento jurídico como norma jurídica individual. Essa linha de entendimento dá suporte argumentativo à possibilidade de construção jurisprudencial da perda de uma chance no direito brasileiro. Para integrar esta argumentação, valho-me novamente de extratos dos ensinamentos do já citado autor austríaco:

[...]a norma jurídica individual, a criar pelos tribunais, não está por forma alguma predeterminada numa norma jurídica geral positiva, essa norma jurídica individual é posta com eficácia retroativa. Uma norma jurídica tem força retroativa quando o fato a que ela liga uma consequência do ilícito não foi realizado somente após a sua entrada em vigor mas já antes e, portanto, no momento da sua realização não era ainda um ato ilícito, mas apenas posteriormente foi transformado em tal por esta norma jurídica. Isto é, exato quando o

<sup>76</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 263-264.

<sup>77</sup> *Ibidem*.



tribunal aplica ao caso que tem perante si uma norma jurídica individual, somente por ele criada, cujo conteúdo não está predeterminado em qualquer norma jurídica positiva, quando esta norma jurídica individual liga uma consequência do ilícito a uma conduta do demandado ou acusado que, no momento em que teve lugar, não era ainda um ato ilícito, mas só foi tornada através desta norma jurídica individual da decisão do juiz.<sup>78</sup>

Pode-se concluir, que o magistrado brasileiro quando provocado por um litígio que versa sobre indenização por chance perdida constata tratar-se de um vazio/uma lacuna não prevista, na legislação (que não menciona expressamente, ser a retirada de chance de se obter algo, como um ato ilícito). Constatada esta realidade, o magistrado faz valer a competência que lhe é concedida pelo ordenamento jurídico para produzir uma norma jurídica individual, quer dizer, uma solução para aquela lide. Após determinar que chance perdida é passível de indenização, o juiz torna esta situação um ato ilícito, que até antes de sua decisão, e conseqüente criação de norma autorizada pelo ordenamento jurídico, não tinha esta valoração/conotação.

---

<sup>78</sup> Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 272-273.

### **3. A perda de uma chance e sua aplicação jurisprudencial e doutrinária no Direito Brasileiro**

O presente capítulo tem como objetivo a abordagem acerca do instituto da Responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil. Entendimentos doutrinário e jurisprudencial (e suas conseqüentes divergências), análise de julgados e motivos que justificariam sua aplicação (ou sua não proibição) no Direito nacional, serão estudados de forma a demonstrar a realidade do referido instituto no cotidiano jurisprudencial pátrio e trazer ainda mais clareza ao que foi abordado nos capítulos anteriores, qual seja, a influência do direito estrangeiro (em especial do italiano e francês) na responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil e a condição da jurisprudência como fonte do direito.

#### **3.1 Sérgio Savi e as três justificativas para sua aplicação pelos tribunais pátrios**

No Brasil, apesar da falta de entendimentos homogêneos, tanto jurisprudencial quanto doutrinário sobre os pressupostos da perda da chance, Sérgio Savi na obra “Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance”, propõe três motivos que justificariam a aplicação (ou a não proibição). Seriam eles, a cláusula aberta contida nos artigos que cuidam da responsabilidade civil no Código Civil, o princípio da reparação integral dos danos na responsabilidade civil, e um novo enfoque da responsabilidade civil que visaria a reparação do chamado dano injusto.

### 3.1.1 A não enumeração dos casos passíveis de reparação pelos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil

No que tange à responsabilidade civil, o Código Civil brasileiro<sup>79</sup> reserva os artigos 186, 187 e 927 para sua definição, e estes assim dispõem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como se pode observar, os artigos apenas definem o que é ato ilícito e determinam que aquele que venha a praticá-lo, gerando dano a outrem deverá obrigatoriamente indenizar (reparar) o prejuízo causado. Logo, a definição dos casos passíveis de responsabilização não é enumerativa, tendo em vista que o código não expõe casos A, B ou C que justificariam o dever de indenizar. Pode-se dizer que esta é uma cláusula aberta.<sup>80</sup>

Segundo Sérgio Savi, o Código Civil brasileiro ao estabelecer a responsabilidade civil desta forma, o teria feito sob forte influência dos ordenamentos francês e italiano.<sup>81</sup>

Na França, o art. 1.382 do Código Civil define: “*Todo ato, qualquer que seja ele seja, de homem que causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer a repará-lo*”.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/LEIS/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406). Acesso em setembro/2010

<sup>80</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Código Civil Francês *apud* SAVI, Sérgio. *Ibidem*. Tradução do autor.

Na Itália por sua vez, o art. 2.043 do Código Civil: “*Qualquer fato doloso ou culposos que cause a outros um dano injusto obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano*”.<sup>83</sup>

Fica evidente a semelhança com o disposto no Código Civil brasileiro, e assim a tese do mencionado autor tem plausibilidade: os códigos civis francês e italiano também trazem cláusulas abertas ao tratar da definição de responsabilidade civil.

Para Savi, a cláusula aberta da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro seria o primeiro motivo que justificaria a aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil, pois além de não definir as possibilidades passíveis de responsabilização também não traz previsão daquelas que seriam proibidas. Assim sendo, não haveria que se falar em proibição da Perda de uma Chance no Direito Brasileiro, sendo passível de utilização, através de uma “*interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil*”.<sup>84</sup>

### 3.1.2 Princípio da reparação integral

O segundo motivo, para o Autor, seria o chamado *princípio da reparação integral dos danos* da responsabilidade civil, que teria sido trazido de forma implícita pelo artigo 402<sup>85</sup> do Código Civil<sup>86</sup>, que define perdas e danos e lucros cessantes. Explica-se: o autor entende ser a perda da chance dano emergente, por isso a menção ao referido artigo.

Entende-se como *princípio da reparação integral dos danos* aquele onde o legislador busca garantir, ao tratar de responsabilidade civil, a cobertura total dos prejuízos patrimoniais sofridos pelo indivíduo vítima de ato ilícito praticado por outrem, tentando reduzir os impactos decorrentes do dano experimentado, visando

---

<sup>83</sup> Código Civil Italiano *apud* SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Tradução do autor.

<sup>84</sup> SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

<sup>85</sup> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

<sup>86</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/LEIS/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406). Acesso em setembro/2010

se possível retornar à realidade pré-dano.<sup>87 88</sup> Esse entendimento é reforçado na obra *Manual de Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil* de Roberto Senise Lisboa, quando este defende que: “A teoria da perda de uma chance deve ser aplicada como ressalva no sistema de responsabilidade civil, para os fins de não se deixar a vítima com o prejuízo sofrido diante de uma oportunidade factível que se lhe afigurava, mas que deixou de alcançar porque foi influenciada a pelo agente a se conduzir de forma diversa”<sup>89</sup>.

Além da previsão do princípio no artigo 402 do Código Civil, Savi defende que a Constituição Federal<sup>90</sup> também o teria previsto, ao determinar no inciso III, de seu artigo 1º e no inciso I, de seu artigo 3º<sup>91</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, tendo como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>92</sup>, pois estes valores seriam compatíveis com a ampla busca pela minimização dos prejuízos de uma vítima de ato ilícito sugerida pelo *princípio da reparação integral dos danos*. Assim, segundo este raciocínio, negar a aplicação da perda da chance seria o mesmo que confrontar valor inserido na Constituição Federal. Observe-se:

Se a Constituição Federal estabelece que a reparação deve ser justa, eficaz e, portanto, plena, não há como se negar a necessidade de indenização dos casos em que alguém perde uma chance ou oportunidade em razão de ato de outrem. Negar a indenização nestes casos equivaleria à infringência dos postulados do póspositivismo, como a hermenêutica principiológica, a força normativa da Constituição Federal e a necessidade de releitura dos institutos tradicionais de Direito Civil à luz da tábua axiológica constitucional.<sup>93</sup>

<sup>87</sup> PINORI, Alessandra. La causalità giuridica, in I Grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale - I fatti illeciti, III. Causalità e danno, a cura di Giovanna Visintini Padova: CEDAM, 1999 *apud* SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>88</sup> SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

<sup>89</sup> LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil : Obrigações e responsabilidade civil. 3. ed. rev. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 479. Grifo nosso.

<sup>90</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 2010. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao). Acesso em junho/2011

<sup>91</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>92</sup> SAVI, *op. cit.*

<sup>93</sup> *Ibidem*. p. 99.

### 3.1.3 Nova ênfase da responsabilidade civil: Princípio da dignidade humana e a busca extrema pela reparação de dano injusto experimentado

O terceiro motivo a justificar a perda da chance no Brasil, segundo Savi, seria a evolução pela qual a responsabilidade civil teria passado até chegar aos dias de hoje. Significa dizer, com o decorrer do tempo a responsabilidade civil, que só aceitava a modalidade subjetiva, passou a também aceitar a objetiva, onde não se analisa dolo ou culpa, bastando comprovar o nexo de causalidade entre dano experimentado e a conduta do agente causador, dando assim uma maior proteção à vítima do ato ilícito.<sup>94</sup>

Segundo o autor, a Constituição, novamente, previu essa questão ao trazer a dignidade da pessoa humana, como preceito fundamental. Assim, o foco da responsabilidade civil não seria mais apenas a punição do ato ilícito, e sim a proteção da vítima de um dano injusto.<sup>95</sup> Nesse contexto, observe-se:

Da indispensável prova da culpa, passou-se a admitir a responsabilidade daqueles que causassem danos simplesmente em razão do exercício de suas atividades. Ou seja, a teoria da responsabilidade objetiva passou a fundamentar no risco a responsabilização dos causadores de danos, sem a necessidade de se aferir o elemento psicológico (culpa) destes.

A responsabilidade civil, no seu curso evolutivo, passou, portanto, a admitir ao lado da teoria subjetiva, a teoria objetiva. Esta evolução tem como principal fundamento o deslocamento do foco de atenção que, de repressão ao ato ilícito, passou ao fato danoso e à proteção de sua vítima.

O ciclo evolutivo, todavia, continuou. Com o advento da Constituição Federal passou-se a dar prioridade à proteção da dignidade da pessoa humana, estabelecida como princípio fundamental da República (CF/88, art. 1º, III).

Em matéria de responsabilidade civil isto significa que, no lugar da punição do agente do ilícito, seja, ao invés, enfatizada a proteção da vítima de um dano injusto.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ibidem*. p. 105.

O termo dano injusto foi criado na Itália, onde o artigo 2.043 do atual Código Civi Italiano<sup>97</sup>, prevê que a injustiça do dano seria mais um requisito para o dever de indenizar. Sua conceituação, no entanto, ainda é objeto de discussão no país.<sup>98</sup> Para Silvio de Salvo Venosa: “*dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse*”<sup>99</sup>.

Para parte da doutrina italiana, intitulada de tecnicista, há o entendimento, de que o objetivo atual da responsabilidade civil extracontratual não seria a punição dos atos culpáveis, e sim assegurar a reparação dos danos causados. Esta corrente entende que antijuricidade e injustiça estariam sempre vinculadas.<sup>100</sup> Assim, um dano injusto pode ocorrer quando o dano gerado não tiver previsão legal. Servindo de estímulo para que situações, nesse sentido, não sejam tidas como injustas, quer dizer, com a não reparação do dano causado em função de sua não previsão legal.

A mudança de perspectiva sobre a perda de uma chance proporciona um maior cuidado com a responsabilização civil, além de assegurar que os danos causados sejam sempre reparados. Isso quer dizer, permiti-se assim, que danos como os oriundos de chance perdida sejam passíveis de reparação, não permitindo que uma vítima desta realidade fique desamparada (evitando o dano injusto).<sup>101</sup> Vale lembrar que no Brasil a perda da chance não tem previsão legal expressa.

### 3.2 Divergência de entendimentos: Doutrina e jurisprudência

No Brasil a ausência de previsão expressa legal da Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance e a escassez de obras publicadas sobre o tema tornam difícil e complicada uma ideal homogeneização de entendimentos.

O presente tópico demonstrará a divergência na doutrina e na jurisprudência brasileira, em pressupostos do instituto estudado como a classificação e a reparação do instituto.

---

<sup>97</sup> Código Civil Italiano *apud* SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>98</sup> SAVI, Sérgio. *Ibidem*.

<sup>99</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 40.

<sup>100</sup> SAVI, *op. cit.*

<sup>101</sup> *Ibidem*.

### 3.2.1 Classificação da perda de uma chance

A grande discussão em torno da classificação da Perda de uma chance ocorre da seguinte forma: doutrinadores e juristas compreendem o instituto de formas distintas gerando a diversidade de aplicações na jurisprudência. Para alguns o instituto seria tanto aplicável ao dano material quanto ao dano moral. Para outros seria uma nova espécie de dano material. Existem ainda aqueles que entendem ser apenas lucros cessantes ou apenas danos emergentes.

Para Sílvio Venosa<sup>102</sup> e Sergio Cavalieri Filho<sup>103</sup>, trata-se de uma terceira espécie de dano material. Segundo Venosa, a perda da chance não se enquadra nem nos lucros cessantes tampouco nos danos emergentes e por isso seria uma terceira espécie<sup>104</sup>. Já Cavalieri manifesta que *“Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como terceiro gênero de indenização a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”*.<sup>105</sup>

Já a Ministra do STJ Nanchy Andrichi entende ser fator aplicável tanto ao dano moral quanto ao material, como defendeu no julgamento do REsp nº 1.079.185/MG (onde um advogado perdeu o prazo para interpor apelação, prejudicando seu cliente, que nesta ação pleiteou reparação pelos prejuízos sofridos pela negligência da perda do prazo), de sua relatoria, se baseando para tanto nas lições, das obras aqui já mencionadas, de Sérgio Savi<sup>106</sup> e Rafael Peteffi da Silva<sup>107 108</sup>.

A questão girava em torno de ter a recorrente contratado os serviços advocatícios do recorrido para defendê-la em ação reivindicatória onde constava no pólo passivo. A recorrente considerou que a negligência do recorrido, que não defendeu adequadamente seu direito de retenção do imóvel pelas benfeitorias realizadas, além de deixar transcorrer *'in albis'* o prazo para interposição do recurso de apelação, foi decisiva para a perda do imóvel. Requereu o ressarcimento pelos

<sup>102</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>103</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>104</sup> VENOSA, *op. cit.*

<sup>105</sup> CAVALIERI FILHO, *op. cit.* p. 80.

<sup>106</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>107</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>108</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1079185/MG. Terceira turma. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relatora Min. Nancy Andrichi, Publicado no DJe em 04/08/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.



danos morais e materiais sofridos, além da perda da chance de ser ressarcida pelas benfeitorias realizadas no imóvel. A sentença julgou os pedidos parcialmente procedentes, condenando o recorrido a ressarcir à autora no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), a título de danos morais, e se posicionou no sentido de que a perda da chance só é aplicável para os danos morais.<sup>109</sup>

O acórdão (ambas as partes apelaram) por sua vez manteve a sentença, alterando-a apenas para determinar que os juros de mora e a correção monetária incidissem desde a data da prolação da sentença. Embargos de declaração foram opostos pela recorrente e restaram rejeitados. Na origem o recurso especial foi inadmitido, o que gerou a interposição de agravo de instrumento. A Ministra então deu provimento ao agravo para determinar a subida do Especial para melhor análise da matéria.<sup>110</sup>

No julgamento do REsp, assim se posicionou:

[...]mesmo que comprovada sua culpa grosseira, é difícil antever um vínculo claro entre esta negligência e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em um juízo de cognição. Em outras palavras, ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros favores não sujeitos ao seu controle. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano.

Para solucionar tal impasse, a jurisprudência, sobretudo de direito comparado, e a doutrina passaram a cogitar da teoria da perda da chance. **A aludida teoria procura dar vazão para o intrincado problema das probabilidades, com as quais nos deparamos no dia-a-dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais a vítima fazia jus. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance** (Rafael Peteffi da Silva. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134).

É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o

<sup>109</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1079185/MG. Terceira turma. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relatora Min. Nancy Andrighi, Publicado no DJe em 04/08/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o “improvável” do “quase certo”, a “probabilidade de perda” da “chance de lucro”, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas (REsp 965.758/RS, 3a Turma, minha relatoria, DJe 03/09/2008).

[...]

Outras considerações devem ser tecidas quanto à indenização concedida, de R\$2.000,00, a título de danos morais. A sentença, nesse ponto mantida pelo Tribunal de origem, posiciona-se na tese de que a aplicação da teoria da perda da chance só pode levar ao ressarcimento por danos morais.

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, a probabilidade perdida pode ter contornos materiais bem definidos, que só não são relevantes nesta hipótese porque o pedido encontra-se bem delimitado e, além disso, como demonstrei, tais prejuízos foram objetos de ações diversas. Destaco a recente doutrina sobre o tema:

“[...] não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um 'agregador' do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral” (Sérgio Savi. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53).

Assim, a perda do prazo recursal retirou da recorrente a chance de continuar vivendo naquela residência que, durante longo período, foi sua casa. As consequências não-patrimoniais daí advindas são muito claras. O infortúnio de perder o lar familiar e a chance de lutar por ele não se reduz a uma expressão econômica. Assim, correta a condenação do recorrido no dever de compensar este dano moral.<sup>111</sup> (Grifo nosso).

Sobre a perda da chance no caso concreto, a Ministra menciona que a recorrente teria conseguido reaver os valores gastos nas benfeitorias do imóvel, já que posteriormente conseguiu cobra-las em ação indenizatória. Logo não havia que se falar em chance perdida, já que o dano gerado pela conduta do advogado foi posteriormente revertido.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.079.185/MG. Terceira turma. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relatora Min. Nancy Andrigli, Publicado no DJe em 04/08/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

Este entendimento demonstrado pela Ministra Nancy Andrighi<sup>113</sup> (de ser a perda da chance fator aplicável tanto ao dano moral quanto ao dano material), como pôde se observar também é partilhado por Sérgio Savi<sup>114</sup>, e Rafael Peteffi Da Silva<sup>115</sup>.

No entanto, Savi, ressalta que deverá ser analisado caso a caso, pois a chance perdida poderá acarretar dano moral ou material, cumulados ou não. E caso acarrete em dano material, o melhor entendimento para o autor, é enxergar a chance perdida como dano emergente, porquanto dessa forma a chance perdida é considerada parte integrante do patrimônio do ofendido, e assim se elimina a problemática em torno do dano experimentado (chance perdida, desde que séria e real) ser ou não indenizável<sup>116</sup>. Isso quer dizer:

A perda da chance, [...] ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, pode, dependendo do caso concreto, dar origem a duas espécies de danos - patrimoniais e extrapatrimoniais -, cumulados ou não. No primeiro caos, o dano decorrente da perda da chance deve ser considerado, em nosso ordenamento, um dano emergente e não lucro cessante.

Ao se inserir a perda da chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial).

Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir.

Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1079185/MG. Terceira turma. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relatora Min. Nancy Andrighi, Publicado no DJe em 04/08/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

<sup>114</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>115</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>116</sup> SAVI, *op. cit.*

<sup>117</sup> *Ibidem*. p. 112.

No entanto, para Sérgio Savi apenas as chances com probabilidade acima de 50% (Cinquenta por cento) de acontecer seriam indenizáveis.<sup>118</sup>

Por sua vez, Sérgio Novais Dias, na obra *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*<sup>119</sup>, entende a perda de uma chance como lucros cessantes, isso é, aquilo que efetivamente se deixou de lucrar. Entendimento partilhado também por José de Aguiar Dias<sup>120</sup>.

Sérgio Novais Dias demonstra que no caso (muito comum em matéria de perda de uma chance) do advogado perder o prazo para interposição de determinado recurso, só poderá se falar em responsabilização do advogado por chance perdida, se o recurso, caso interposto, tivesse grandes chances de ser provido. Essa probabilidade será feita pelo juiz que julgará a ação de indenização por chance perdida, mediante análise das provas apresentadas.<sup>121</sup>

Desta forma, imagine-se que a questão discutida em juízo já tem posicionamento amplamente difundido e homogêneo em determinado tribunal e a sentença confirma este entendimento, é quase (pois não há como atestar) impossível que o acórdão o reforme. Assim, o autor defende que o fato o advogado não ter interposto o recurso não modifica a realidade do representado se não havia chance de ser obtido êxito. O autor destaca que, nesse caso, no máximo poderia se falar em dano moral, pelo fato de não ter sido o recurso submetido à análise pelo Tribunal, mas não em chance perdida, pois não restou configurado prejuízo (lucros cessantes).<sup>122</sup>

Por outro lado, caso o recurso tivesse grandes chances de ser provido (conforme entendimento do magistrado julgador da ação de reparação), deverá ser o advogado condenado a pagar ao mandatário, o valor econômico que este receberia caso o recurso tivesse sido interposto e consequentemente provido. O que deixa

---

<sup>118</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>119</sup> DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

<sup>120</sup> DIAS, José de Aguiar, 1995. *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>121</sup> DIAS, Sérgio Novais. *op. cit.*

<sup>122</sup> *Ibidem*.

evidente a noção de lucros cessantes da perda de uma chance defendida pelo autor.<sup>123</sup>

### 3.2.2 Quantificação

Prescreve-se neste estudo que a questão relativa à quantificação da chance perdida está diretamente ligada à forma como o magistrado ou aquele que a invoca compreende o instituto. Se entender que a perda da chance é lucro cessante o valor devido deverá ser calculado diante do que o ofendido deixou de ganhar com a interrupção do processo. Por outro lado, se entender que é dano emergente, deverá calcular levando em consideração que a chance era parte integrante do patrimônio do ofendido antes da lesão. E é nesse ponto que reside a maior complexidade.

O juiz deverá fazer um estudo do grau de probabilidade de êxito do resultado esperado (caso não tivesse ocorrido a interrupção) e determinar o valor deste. Para melhor ilustrar, valho-me de exemplo mencionado por Sérgio Savi. Imagine que um advogado perde o prazo para interposição de apelação em ação de cobrança no valor de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais). E que a sentença desfavorável tenha sido julgado por um juiz inexperiente que não analisou corretamente as provas apresentadas.<sup>124</sup>

Caso o juiz da ação de reparação por perda de uma chance entenda que eram grandes as chances do recurso ter sido provido (caso tivesse sido interposto), como, por exemplo, 90% (Noventa por cento), irá incidir essa porcentagem sobre o valor final esperado, assim 90% (Noventa por cento) de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais), equivale a R\$ 9.000,00 (Nove mil reais), que será o valor devido pela chance perdida.<sup>125</sup>

Oportuno destacar a evidente diferença entre a perda da chance como lucro cessante e como dano emergente no exemplo acima. No primeiro caso se busca a reparação do resultado esperado (R\$ 10.000,00), enquanto no segundo o

---

<sup>123</sup> DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

<sup>124</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

que se busca é a proporção referente às chances perdidas (R\$ 9.000,00). A corrente majoritária, seguindo a doutrina italiana, entende ser o segundo caso (dano emergente) o mais adequado. Ao entender como lucro cessante a perda da chance, de forma equivocada se ignora a incerteza de sucesso, isso é, trata-se como se fosse 100% (cem por cento) certo que o esperado evento viesse a acontecer. Para ficar ainda mais claro, recorro ao grande “marco” da perda da chance no Brasil, o famoso caso “Show do Milhão (Recurso especial nº 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves)”<sup>126</sup>.

O programa era formado por um jogo no formato perguntas e respostas sobre conhecimentos gerais onde o apresentador Silvio Santos fazia uma pergunta e dava quatro opções de respostas. O participante respondia e, gradativamente, à medida que fosse acertando, conquistaria determinado valor em barras de ouro, até chegar à pergunta final que valia R\$ 1.000.000,00 (Um milhão de reais), caso respondida corretamente.<sup>127</sup>

No momento da pergunta final, a participante em questão foi submetida à uma pergunta que não havia resposta. Solicitava-se a porcentagem de terras destinadas aos indígenas pela Constituição Federal (apesar da Constituição Federal não destinar porcentagem de terras aos índios). Caso respondesse qualquer uma das opções, seria considerado como resposta errada, e assim perderia os R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais) ganhos até então, e levaria apenas R\$ 300,00 (Trezentos reais). A pergunta era: “*A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: 1 - 22% 2 - 02% 3 - 04% 4 - 10%*”.<sup>128</sup>

A participante optou por não responder, recebendo R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais). Posteriormente ingressou com ação cobrando os R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais) que deixou de ganhar por ter sido prejudicada pela organização do programa, já que qualquer alternativa escolhida estaria

---

<sup>126</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 788.459/BA. Quarta turma. Recorrente: BF Utilidades domésticas Ltda. Recorrida: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator Min. Fernando Gonçalves. Publicado no DJ em 13/03/2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

incorreta. Justificou que, caso houvesse uma resposta certa teria acertado-a, levando em consideração seu desempenho até o momento em que surgiu o dano.<sup>129</sup>

Em primeira e segunda instância, os magistrados ignoraram tratar-se de um processo aleatório e desconsideraram a possibilidade de insucesso (enquadraram a perda da chance como lucro cessante). Assim, a sentença julgou procedente o pedido para condenar a BF Utilidades Domésticas Ltda. (empresa do “Grupo Silvio Santos”; responsável pelo programa) ao pagamento dos R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais). O acórdão manteve o entendimento da sentença. Foram opostos embargos de declaração que restaram rejeitados.<sup>130</sup>

Porém, ao interpor o Recurso Especial, a defesa da emissora conseguiu convencer o Ministro Relator Fernando Gonçalves (que se refere ao instituto como “*Perda de uma oportunidade*”) de que mesmo que houvesse uma alternativa correta isso não condicionaria necessariamente ao êxito da participante. Segundo a alegação, a chance tirada foi de 25% (Vinte e cinco por cento), que seria a probabilidade de acerto (uma opção correta dentre quatro possíveis; 1/4), devendo receber apenas o valor proporcional a esta (R\$ 125.000,00 - Cento e vinte cinco mil reais), isso é, enquadrando a perda da chance como dano emergente. E foi o que aconteceu, o recurso especial foi parcialmente provido para reduzir a indenização para R\$ 125.000,00 (Cento e vinte cinco mil reais).<sup>131</sup>

A decisão restou assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 788.459/BA. Quarta turma. Recorrente: BF Utilidades domésticas Ltda. Recorrida: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator Min. Fernando Gonçalves. Publicado no DJ em 13/03/2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

Por fim, oportuno ressaltar que, caso a perda de uma chance seja vista como aplicável ao dano moral, será quantificada dentro dos limites da proporcionalidade e razoabilidade (por se tratar de um bem extrapatrimonial e de difícil valoração em função do subjetivismo do ofendido) como toda indenização por danos morais.

### 3.3 Breve histórico da perda de uma chance no Brasil

Até chegar ao panorama atual, a perda da chance no direito brasileiro passou por uma evolução. Inicialmente não se aceitava sua aplicação, tendo um juiz declarado em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de SP em 1936, que não há dano a ser indenizado quando um recurso é perdido por negligência do advogado, que não teria pago as taxas recursais. Este magistrado, em razão do posicionamento defendido, foi chamado de “*magistrado bisonho*” por José de Aguiar Dias.<sup>133</sup>

No que tange à publicações doutrinárias, especula-se que a obra de 1955 de Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências* (apesar de não ser específica sobre a perda de uma chance), tenha sido a pioneira. Nela o autor aborda o assunto tratando inclusive da quantificação das chances perdidas. No entanto, enquadra a perda da chance como lucro cessante (como já dito, classificação tida como equivocada pela doutrina majoritária)<sup>134</sup>. Segue trecho da obra Agostinho Alvim, extraída por Rafael Peteffi da Silva em *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*:

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

Tanto isso é verdade, que o autor de uma demanda pode, mesmo perdida a causa em primeira instância, obter uma quantia

<sup>133</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 189.

<sup>134</sup> *Ibidem*.



determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar.

No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficara reduzido o crédito após a sentença da primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito.

O crédito valia dez. Suposta a sentença absolutória, que mal apreciou a prova, seu valor passou a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi de cinco.

Se este cálculo não traduz exatamente o prejuízo, representa, em todo o caso, o dano que pôde ser provado, e cujo ressarcimento é devido.<sup>135</sup>

Fica evidente a dificuldade do autor em tentar quantificar a chance perdida. Contudo, considerada a época em que foi produzida a obra, onde a realidade da perda da chance no país era muito mais nebulosa que a atual, o autor merece créditos por seu pioneirismo.

Em 1999, Sérgio Novais Dias lançou a obra *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*<sup>136</sup> onde faz vasta abordagem sobre a perda da chance nos casos em que o advogado é considerado ou não responsável por sua atuação face eventual subtração de uma chance de seu cliente. Para Sérgio Savi, Sérgio Novais Dias foi o primeiro autor a escrever sobre uma obra dedicada à perda de uma chance no Brasil.<sup>137</sup>

Recentemente lançados, os livros de Sergio Savi (lançado em 2005), *Responsabilidade civil por perda de uma chance*<sup>138</sup> e Rafael Peteffi da Silva, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*<sup>139</sup> (lançado em 2007; ambos integrantes da bibliografia utilizada no presente trabalho), são vistos como referência, sendo inclusive citados em outras obras e como fundamentação em

<sup>135</sup> ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 207-208 *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>136</sup> DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

<sup>137</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *op. cit.*

diversas decisões judiciais, como pôde se observar no REsp. 1.079.185/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi.<sup>140</sup>

No que tange à julgados, em 1997, ocorreu interessante caso analisado pelo STJ, onde configuravam a Ipiranga no pólo ativo e o Estado de São Paulo e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de SP no pólo passivo, da demanda.<sup>141</sup>

A questão girava em torno da Petrobras ter sido autorizada, sem licitação, a estabelecer pontos de abastecimento ao longo das rodovia Castello Branco e outras que viessem a ser construídas. Fato que gerou indignação à autora diante da impossibilidade (perda da chance) de ser submetida ao processo licitatório.<sup>142</sup>

Este caso é interessante por exemplificar a divergência de entendimentos, dentro de uma só ação. O juízo monocrático entendeu haver carência de ação (impossibilidade jurídica do pedido), defendendo ser impossível no direito brasileiro indenizar chance perdida. Posteriormente, a terceira câmara cível do TJSP rejeitou a carência de ação e determinou que novo julgamento monocrático ocorresse. No novo julgamento o pedido foi julgado procedente, porém a título de lucros cessantes, não sendo demonstrado se a indenização concedida se dava pela chance perdida.<sup>143</sup>

Dessa decisão houve interposição de apelação, e no julgamento desta aparentemente houve aplicação da teoria da perda da chance, ainda que sem citação expressa, pois o TJSP definiu, diante de perícia, a Ipiranga como detentora de 11,113% do mercado brasileiro de combustíveis. Desta decisão houve interposição de Recurso Especial.<sup>144</sup>

No julgamento do REsp foi decidido que a decisão anulada seria a correta, e o Ministro Ari Pargendler cita trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão em

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.079.185/MG. Terceira turma. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relatora Min. Nancy Andrighi, Publicado no DJe em 04/08/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

<sup>141</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 32.575/SP, Rel. Min. Ari Pargendler. Publicado no DJ em 22/09/2007 *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

caso idêntico julgado sete anos antes: “*Não se achava a agravante diante de uma possibilidade objetiva de lucro, mas de mera chance de vencer a licitação, se não fora o ato impugnado. O lucro era, ainda, hipotético. E lucro hipotético não se indeniza*”.<sup>145</sup>

Esse caso foi de suma importância, pois a partir dele teve-se certa instabilidade quanto à aplicação da teoria, já que se o entendimento, decidindo pela impossibilidade jurídica do pedido em ação que visasse a reparação por chance perdida, fosse confirmado, não se invocaria mais a perda da chance, o que resultaria na perda de sua relevância perante a jurisprudência.<sup>146</sup> Por oportuno, observe-se sua ementa:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPENSA DE LICITAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA A CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS. HIPÓTESE EM QUE O DIREITO DE TERCEIROS, INTERESSADOS NESSE USO, NÃO VAI ALÉM DA ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. Se o Estado dispensa a licitação para a cessão de uso de bem público, as empresas assim alijadas da concorrência devem atacar o ato administrativo que deixou de seguir o procedimento próprio, sem a anulação deste, o hipotético lucro que teriam se vencessem a licitação não é indenizável, na medida em que o artigo 1.059 do Código Civil supõe dano efetivo ou frustração de lucro que razoavelmente se poderia esperar - circunstâncias inexistentes na espécie, em razão da incerteza acerca de quem venceria a licitação, se realizada. Recurso especial do Estado de São Paulo conhecido e provido; prejudicado o recurso interposto pela Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga.<sup>147</sup>

No mesmo ano, o STJ analisou caso em que um representante comercial de uma empresa de alimentos, em viagem a trabalho, teve sua bagagem extraviada e posteriormente em função desse acontecimento, não pode participar de processo licitatório (a bagagem continha amostras necessárias para a participação do certame).<sup>148</sup>

<sup>145</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.200.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 32.575/SP. Segunda turma. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Os mesmos. Relator. Min. Ari Pargendler. Publicado no DJ em 22/09/2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em agosto/2011.

<sup>148</sup> SILVA, *op. cit.*

O REsp teve seu provimento negado, mas ficou extremamente claro que os Ministros do STJ aceitavam a teoria da perda da chance, embora não entendessem o mesmo de sua possibilidade de indenizar à época, tendo inclusive o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, feito correta análise da mencionada teoria, determinando como 20% (Vinte por cento) o limite máximo de lucro líquido a ser obtido caso a empresa e seu empregado participassem e vencessem o processo de licitação.<sup>149</sup>

Em julgados mais recentes, em 2005, ocorreu o julgamento do famoso caso “Show do Milhão”<sup>150</sup> (já mencionado neste trabalho), considerado um marco da perda da chance no Brasil por sua grande repercussão e provimento. Em 2010, houve outro interessante caso julgado pelo STJ<sup>151</sup>, onde um candidato à vereador do Município de Carangola-MG cobrava indenização pela chance perdida de ser eleito por apenas oito votos, em função da divulgação de notícia inverídica por parte de uma rádio na véspera da eleição.

A sentença julgou procedente o pedido a título de danos morais e materiais. O acórdão reformou a sentença para reduzir o valor da indenização de dano material com fundamentação na perda da chance, inclusive enquadrando-a como uma terceira hipótese de dano material. Observe-se:

Na hipótese em comento, a primeira vista, poder-se-ia acreditar que não seria possível a condenação das apelantes ao pagamento da indenização por danos materiais, visto que, não sendo possível se ter certeza de que o apelado de fato seria eleito, não seria certo que receberia os proventos referentes ao cargo de vereador, e por isto não haveria razão para se falar em dano, o que impossibilitaria o acolhimento do pedido indenizatório. Também não se poderia falar em condenação dos recorrentes ao pagamento do valor despendido pelo recorrido para patrocinar sua campanha pelo mesmo motivo retro mencionado. [...]

Assim, de acordo com este pensamento, só se poderia condenar as apelantes ao pagamento da indenização na hipótese de, já tendo o apelado tomado posse no cargo de vereador, ele tivesse tido o seu

<sup>149</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>150</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 788.459/BA. Quarta turma. Recorrente: BF Utilidades domésticas Ltda. Recorrida: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator Min. Fernando Gonçalves. Publicado no DJ em 13/03/2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

<sup>151</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 821.004/MG. Terceira turma. Recorrente: Rádio Caparaó Ltda e outro. Recorrido: Marcelo Silva Vitor Amaral. Relator. Min. Sidnei Beneti. Publicado no DJE em 23/09/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em agosto/2011..

mandado cassado em virtude da notícia veiculada, não lhe sendo mais possível perceber os salários; neste caso seria sim possível o pagamento de indenização, visto que o dano estaria causado de forma certa e atual. [...]

No entanto, a meu sentir, apesar de não ter absoluta certeza de que o recorrido seria eleito, e de que perceberia seus proventos mensais, tenho que o direito ao recebimento da indenização pelos danos materiais existe em razão de um terceiro gênero de indenização denominado perda da chance. **‘A perda da chance’ é terceira modalidade de indenização e, conforme leciona Sérgio Severo, visa possibilitar indenização de ‘um dano causado quando a vítima vê frustrada, por ato deterceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça’** (Os Danos Extrapatrimoniais, 1ª ed., Saraiva: São Paulo, 1996, pág. 11.).

[...].

"Desta forma, a possibilidade de o apelado ser indenizado pelos gastos que teve com a sua candidatura, bem como pelos proventos que deixou de perceber, tem como fundamento a perda da chance de ele ser eleito, ou seja, a frustração da sua eleição em virtude da notícia veiculada pelas recorrentes. [...]

Fala-se que o recorrido não foi eleito em razão da notícia veiculada pelas apelantes em razão de dois motivos: conforme afirmado na petição inicial, a não-eleição do apelado ocorreu pela falta de apenas oito votos; as testemunhas informaram em seus depoimentos que elas e parte de seus familiares não votaram no recorrido apenas em razão do que foi noticiado pelas apelantes, conforme se verifica: [...]"Ora, se bastavam apenas mais oito votos para que o recorrido fosse eleito, e tendo restado demonstrado que estes votos poderiam ser obtidos caso parte do eleitorado não tivesse ouvido a notícia veiculada pelas apelantes, resta claro que é objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que este fato só restou frustrado em razão da conduta ilícita das apelantes'. [...]

Conforme se verifica, de acordo com as provas que foram trazidas aos autos, é muito provável que o recorrido seria eleito vereador, e por esta razão torna-se possível o seu direito de ser indenizado. Claro que se a possibilidade fosse remota, esta circunstância de fato, elidiria do direito retro mencionado, o que não é o caso, tendo em vista os elementos de prova trazidos aos autos.

Assim, em virtude da perda da chance de ser eleito por culpa dos apelantes, o recorrido pode ser indenizado pelos gastos de sua campanha, e pelos proventos que deixou de perceber. <sup>152</sup> (Grifo nosso).

<sup>152</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 821.004/MG. Terceira turma. Recorrente: Rádio Caparaó Ltda e outro. Recorrido: Marcelo Silva Vitor Amaral. Relator. Min. Sidnei Beneti. Publicado no DJE em 23/09/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em agosto/2011.

Embargos de declaração foram opostos e rejeitados. No REsp alegou-se: “[...]inexistir prova do dano material alegado, [...]ser necessária a ocorrência de um dano efetivo para que haja condenação por danos materiais, não sendo o suficiente o reconhecimento da ‘perda da chance’ de o autor ser eleito vereador”.<sup>153</sup>

O recurso teve provimento negado. Foram mencionados no voto do Ministro Relator Sidnei Beneti, como precedentes os Recursos Especiais 1.079.185/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi e 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves (já mencionados no presente trabalho), demonstrando que a perda da chance já tem grande aceitação no Superior Tribunal de Justiça.<sup>154</sup> E que:

**Na presente hipótese, o Tribunal a quo concluiu, com base no conteúdo fático-probatório dos autos, pela existência do ato ilícito, pela culpa dos recorrentes e pela privação da oportunidade, bem concreta e provável, de o recorrido se eleger vereador, o que se frustrou em decorrência desse ato ilícito.**

De fato, a partir do exame das provas dos autos, concluiu o Acórdão recorrido que bastavam apenas mais oito votos para que o recorrido fosse eleito e que esses votos bem provavelmente seriam obtidos caso parte do eleitorado não tivesse ouvido a notícia veiculada pelas recorrentes.<sup>155</sup> (Grifo nosso).

Em função da perda da chance ter sido verificada pelo Tribunal de origem através do exame do conjunto fático-probatório dos autos, para dissentir de tal entendimento necessário seria a conduta vedada pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (“*A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial*”). E por esse motivo o recurso foi negado.

Oportuno mencionar, que neste julgado restou demonstrado que o argumento de Sérgio Savi relativo às cláusulas abertas da responsabilidade civil dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil como justificativas para aplicação da perda da chance no Brasil (tópico 3.1.1 do presente capítulo), é perfeitamente plausível. Isso

---

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 821.004/MG. Terceira turma. Recorrente: Rádio Caparaó Ltda e outro. Recorrido: Marcelo Silva Vitor Amaral. Relator. Min. Sidnei Beneti. Publicado no DJE em 23/09/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em agosto/2011.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

se deve ao fato da decisão ter fundamentada a chance perdida como ato ilícito e assim passível de reparação (tal como a previsão dos referidos artigos do Código Civil e o defendido pelo autor).

Este caso além de muito interessante, serve para demonstrar o presente momento da perda da chance no Brasil: a ampla aceitação pelo STJ e por grande parte dos Tribunais brasileiros, embora de forma heterogênea.

## CONCLUSÃO

Estudou-se neste trabalho a Responsabilidade civil por perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro. Entende-se como objeto da perda de uma chance a interrupção de uma situação fática que, caso transcorresse até o fim, se esperava obter determinada vantagem ou de evitar determinado prejuízo.

A escolha do tema foi justificada pela atualidade do assunto, que tem sido constantemente objeto de discussão e debate pela doutrina e pela jurisprudência, resultando em relevante divergência jurídica. Apesar dessa relevância, as publicações doutrinárias específicas sobre o tema no Brasil são raras. Todo este panorama influenciou na escolha pelo presente trabalho.

A problemática envolveu o questionamento se a jurisprudência brasileira ao importar a teoria da perda da chance para o país teria criado um novo instituto da responsabilidade civil no direito pátrio. O problema proposto foi respondido afirmativamente conforme se verificou no estudo e será demonstrado abaixo. Essa verificação teve como cerne as particularidades da perda da chance nos países de origem, a questão em torno da jurisprudência como fonte do direito sob a ótica positivista, e por fim a realidade da perda da chance no Brasil e seus desdobramentos. Todo o conteúdo esteve dividido em três capítulos, contendo lições doutrinárias e análises jurisprudenciais.

A maior dificuldade encontrada na elaboração do presente estudo foi a escassa fonte de publicações doutrinárias sobre o tema (como já dito). Ademais, a ênfase dada, qual seja de que a jurisprudência criou o instituto da perda da chance no Brasil, não foi aprofundada por nenhum livro encontrado. Estes apenas discutem a perda da chance e fazem menção de se tratar de instituto jurisprudencial.

No primeiro capítulo foram abordados de forma introdutória alguns aspectos gerais sobre a responsabilidade civil para que o estudo pudesse ser adequadamente compreendido. Posteriormente, definiu-se o instituto da responsabilidade por perda de uma chance e seus aspectos na França, Itália e Estados Unidos. Restou evidenciado que a Itália tem a doutrina que apresenta maior



plausibilidade. Que na França as possibilidades sobre a aplicação da perda da chance são inúmeras e algumas vezes sem razoabilidade (como a perda da chance de lograr êxito em jogo de azar, por exemplo) e nos Estados Unidos apenas são aceitos casos na seara médica (perda da chance de se obter a cura, por exemplo). Por fim, discutiram-se questões vitais como a chance tirada ser séria e real; a discussão entre reparar a chance perdida ou o resultado esperado; e o enquadramento da perda da chance como responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Foi possível observar que a chance para ser passível de indenização terá de ser séria e real, para evitar mera especulação no judiciário. Que parte da doutrina que entende a perda da chance como lucro cessante defende a reparação do resultado final, embora seja impossível de atestar que viria a ser obtido. Em situação oposta, aqueles que entendem a perda da chance como dano emergente, defendem que caso a chance fosse séria e real, o dano a ser reparado é da perda da chance de se submeter ao processo até o fim e não da frustração de não se ter obtido o resultado esperado.

No segundo capítulo, discutiu-se a jurisprudência como fonte do direito. Para tanto, invocou-se a posição positivista de Kelsen e Bobbio em relação ao ordenamento jurídico. Nessa importância, observou-se a auto-integração do ordenamento jurídico diante das lacunas existentes. Por fim foi abordada a importância da jurisprudência e sua interpretação como fonte do direito. Este capítulo foi justificado pelo questionamento de como o magistrado brasileiro quando provocado por um litígio que versa sobre indenização por chance perdida agiria. Entendo que o mesmo constataria tratar-se de um vazio/uma lacuna não prevista na legislação. Já que o Código civil não menciona expressamente ser a retirada de chance de se obter algo como um ato ilícito e assim passível de reparação, além do fato de tratar-se de um instituto criado pelo direito estrangeiro.

Constatada esta realidade, o magistrado faz valer a competência que lhe é concedida pelo ordenamento jurídico para produzir uma norma jurídica individual, quer dizer, uma solução para aquela lide. Após determinar que chance perdida é passível de indenização, o juiz torna esta situação um ato ilícito, que até antes de sua decisão, e conseqüente criação de norma autorizada pelo ordenamento jurídico, não tinha esta valoração/conotação. Assim torna-se possível a aplicação da perda

da chance no Direito brasileiro, respeitando o processo de integração do ordenamento jurídico diante da lacuna e ratificando a jurisprudência como fonte do direito.

O terceiro e último capítulo apresentou-se a interpretação doutrinária/jurisprudencial da responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil. Inicialmente, foram apresentadas as três hipóteses que, segundo Sérgio Savi, autor visto como referência no assunto, amparam a aplicação da perda da chance no direito brasileiro. Estas seriam, a cláusula aberta contida nos artigos que cuidam da responsabilidade civil no Código Civil, o princípio da reparação integral dos danos na responsabilidade civil, e um novo enfoque da responsabilidade civil que visaria a reparação do chamado dano injusto. Posteriormente, demonstrou-se as divergências doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, como a classificação do instituto e sua quantificação, utilizando-se, inclusive, da exemplificação de julgados. Por fim, foi analisado de forma breve o histórico da perda da chance no Brasil.

Diante do estudado e apresentado até aqui, pude chegar a algumas conclusões sobre o presente trabalho, quais sejam:

- Juiz não pode deixar de decidir em função de eventual imprevisão da lei para a situação que tem sob análise. Para tanto deverá observar os métodos de integração do ordenamento jurídico ao qual está vinculado. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prevê essa hipótese. Assim, seguindo os ensinamentos de Bobbio, entendo que o ordenamento jurídico brasileiro seria completável, pois não prevê todas as situações possíveis de acontecerem, mas determina como deverá o magistrado proceder quando estiver submetido à questão não prevista. Se o magistrado recorrer aos princípios gerais do direito para solucionar a lacuna, poderá em especial invocar a equidade. Se assim ocorrer, concebo que a equidade seria integrativa, tendo em vista que os artigos que tratam da responsabilidade civil no Código civil brasileiro são abertos, e não taxativos. Ou seja, há a previsão em abstrato da situação, contudo, resta ao magistrado especifica-la.

- A chance perdida, se séria e real, é sim dano indenizável. Se há vantagem financeira envolvida, há um patrimônio a ser defendido. Se antes da

interrupção do processo o ofendido esperava obter determinada vantagem ou evitar determinado prejuízo e diante da conduta de outrem o processo não pôde transcorrer até o fim, há evidente dano. Ressalte-se que o ofendido poderia sair frustrado caso o processo transcorresse até o fim, vindo a não obter o resultado esperado. Mas ainda sim, não pode o ofendido ser impossibilitado de descobrir por conta própria o sucesso ou insucesso daquilo em que estava submetido.

Nesse sentido, entendo a perda da chance como dano emergente, isso é, espécie de dano material. Encontro maior plausibilidade para tal afirmação na doutrina italiana (Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola) apresentada por Sérgio Savi, além das lições deste próprio autor. Justifico tal posição primeiramente demonstrando por eliminação (os motivos pelos quais discordo) das outras hipóteses de enquadramento.

Aqueles que defendem a perda da chance como lucro cessante, alegam que o resultado final do processo interrompido deverá ser a indenização pleiteada. Ora, esta corrente geraria situação extremista: êxito ou insucesso sempre. Sem intermediário. E o pior, acompanhado de insegurança jurídica. Magistrados que assim compreendem o instituto valem-se da argumentação de não ser possível atestar que se o processo transcorresse até o fim a vantagem seria alcançada e assim se estaria diante de mera especulação, portanto não indenizável. Ademais, aqueles que concedessem a indenização no valor da vantagem esperada estariam desconsiderando justamente que a vantagem poderia não vir a ser alcançada, isso é, estariam indenizando algo como se fosse 100% (Cem por cento) certo de acontecer. O que mostra o equívoco dessa corrente doutrinária.

De outra forma, os adeptos de que a chance perdida é dano moral e dano material, também, entendo, defendem uma situação que poderia gerar insegurança jurídica e prejudicar a máquina judiciária com inúmeros litígios, pois sempre que alguma pessoa tivesse uma chance perdida, por menor que fosse, ingressaria no judiciário pleiteando danos moral e material.

Diante do panorama demonstrado, entendo que a perda da chance como dano emergente é a mais adequada forma de compreender o instituto. Explico-me. Busca-se reparar apenas a chance que foi tirada, utilizando o magistrado para tanto

um juízo de probabilidade para se chegar ao montante devido. Se em determinado caso a expectativa era de obtenção de vantagem de R\$ 50.000,00 (Cinqüenta mil reais) caso não interrompido pela ação do ofensor, e o juiz entende que o ofendido tinha 50% (Cinqüenta por cento) de chances de obter o resultado esperado, então o valor indenizável será de 50% (Cinqüenta por cento) de R\$ 50.000,00 (Cinqüenta mil reais), isso é R\$ 25.000,00 (Vinte e cinco mil reais). A chance antes de ser tirada, observa-se, que é parte do patrimônio do ofendido. No entanto, discordo dos doutrinadores, dentre eles Sérgio Savi, que aceitam apenas como indenizáveis as chances acima de 50% (Cinqüenta por cento). Acredito que este posicionamento seja uma forma excessivamente rigorosa de definir a chance como séria e real. Acredito que o juízo deverá analisar caso a caso e não se apegar a determinado mínimo de probabilidade, pois assim evita-se que eventual ofendido que tivesse 40% (Quarenta por cento) de chance de obter o resultado esperado seja prejudicado.

- A responsabilidade civil por perda de uma chance é objetiva. Isso ficou evidente no caso “Show do Milhão”. A ofendida demonstrou o nexo de causalidade entre o dano experimentado e a conduta da emissora, sendo irrelevante se a emissora de fato teria agido de má-fé na elaboração de pergunta sem resposta ou não. No leading case italiano, demonstrado por Sérgio Savi, também ficou evidente, pois restou sem importância quais teriam sido os motivos da empresa Stefer a impedir os postulantes ao emprego de prosseguir no certame. Em ambos os casos não foi avaliada a culpa do ofensor.

- A responsabilidade civil por perda de uma chance pode ser tanto contratual quanto extracontratual. Contratual, por exemplo, no caso clássico de decorrer da conduta negligente de advogado. Há instrumento de mandato em meio à relação, evidenciando sua característica contratual. Extracontratual (ou aquiliana), como no caso do vereador que não conseguiu se eleger em função da divulgação de informações inverídicas à seu respeito na véspera da eleição. Não havia qualquer tipo de relação contratual entre ofensor e ofendido. Decorrendo a obrigação da previsão legal, de que aquele que comete ato ilícito é responsável pelo dano causado.

- Diante das funções da responsabilidade civil, de reparar a situação para amparar o ofendido e tentar restabelecer o estado anterior das coisas (reparação), e

prevenir que novas práticas de ato ilícito venham a acontecer (prevenção), além da cláusula aberta da responsabilidade civil no Direito brasileiro, entendo não haver óbice para a aplicação da perda da chance no país.

- Por fim, diante do exaustivamente demonstrado, por se tratar de uma teoria de origem estrangeira, que não tem previsão expressa na lei brasileira, apesar de invocada constantemente em juízo, entendo ser a perda de uma chance no direito brasileiro uma criação essencialmente jurisprudencial. Imagino que a criação de um artigo no código civil ou de uma súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, criando um entendimento padrão, seria a melhor solução para combater a grande divergência doutrinária e jurisprudencial do tema no país.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. RT 718/33. p. 1-23. 1995. Disponível em [www.revistasrtonline.com.br](http://www.revistasrtonline.com.br). Acesso em março/2011.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Editora Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/LEIS/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406). Acesso em setembro/2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 2010.

Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao). Acesso em setembro/2010.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 4.657/42 com redação dada pela Lei 12.376/2010.

Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657). Acesso em abril/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 32.575/SP. Segunda turma. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Os mesmos. Relator. Min. Ari Pargendler. Publicado no DJ em 22/09/2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em agosto/2011.

\_\_\_\_\_. Resp. 1.079.185/MG. Terceira turma. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relatora Min. Nancy Andrichi, Publicado no DJe em 04/08/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

\_\_\_\_\_. Resp nº 821.004/MG. Terceira turma. Recorrente: Rádio Caparaó Ltda e outro. Recorrido: Marcelo Silva Vítor Amaral. Relator. Min. Sidnei Beneti. Publicado no DJE em 23/09/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em agosto/2011.

\_\_\_\_\_. Resp nº 788.459/BA, Quarta turma. Recorrente: BF Utilidades domésticas Ltda. Recorrida: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator Min. Fernando Gonçalves. Publicado no DJ em 13/03/2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em setembro/2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil. 8 ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. rev. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil. 3. ed. rev. e atuali.. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINTO, Cristiano Viera Sobral. Direito Civil Sistematizado. 3. ed. rev. atuali. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.